Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Sechs und zwanzigſter Band. Drittes Heft.

VIII.

Ueber den Umfang des Devolutiv-Effects bei Berufungen gegen Erkenntniſſe, welche die Klage bedingt oder unbedingt abweiſen, oder den Beklagten von derſelben entbinden.

Von

Herrn Oberappellationsrathe Dr. **Cucumus** in München.

§. 1.

Es handelt ſich hier weder von der Frage: ob in Folge der reformatoriſchen Entſcheidung des Oberrichters die Sache in der höheren Inſtanz verbleiben, daſelbſt die Inſtruction fortgeſetzt, und dann entſchieden, ſohin an den Unterrichter nicht mehr zurückgehen ſoll [1]), noch von jener: ob, wenn in der vom Unterrichter definitiv entſchiedenen Sache der Oberrichter noch ein weiteres Verfahren, z. B. weil nova in appellat. vorgebracht wurden, für nöthig erachtet, die Sache an den

1) Vergl. v. Linde, Handbuch des deutſchen gem. bürg. Proc. Bd. V. Seite 318. Gönner, Hdb. des deutſchen gem. Proc. Bd. III. Seite 297 folg.

Unterrichter zurückgebracht werden soll [2]); sondern der Gegenstand dieser Erörterung ist lediglich der Umfang des Devolutiv-Effects bei Erkenntnissen, welche die Klage abweisen, oder den Beklagten von derselben entbinden, sey es nun definitiv, oder angebrachtermaßen, oder zur Zeit, oder hierorts. In allen solchen Fällen nämlich entsteht immer das Bedenken, ob sich der reformirende Oberrichter auf den Ausspruch der Nichtabweisung oder Nichtentbindung mit Zurückweisung der Sache zum weiteren Erkenntnisse an den Unterrichter begnügen, oder ob er selbst in der Sache, so weit sie spruchreif ist, erkennen soll [3]).

Zur Beantwortung dieser Frage nun dürfte zu unterscheiden seyn, ob die (bedingte oder unbedingte) Abweisung der Klage, oder Entbindung des Beklagten a) auf der Schlußfolgerung beruht, welche sich zufolge der unterrichterlichen Beurtheilung des Vorbringens zur Begründung des Petitums (der Sachbitte) in Ansehung dieses ergab, oder

b) als das Resultat der Lösung einer, über die Sachbitte selbst nicht entscheidenden Vorfrage zu betrachten ist.

§. 2.

Im ersten Falle (a) hat das unterrichterliche Urtheil die Frage beantwortet: welches Verhältniß zwischen dem Petitum der Klage und dem Vorbringen zu seiner Begründung besteht, und was sich daraus in Ansehung des ersteren — der Sachbitte ergibt. In der Formel der bedingten oder unbedingten

---

2) v. Linde, l. c. Seite 338. folg. v. Gönner, Comment. über das bayer. Ges. v. 22. Juli 1819, einige Verbesser. der Gerichts-Ordn. betreff. Seite 284. folg.

3) Vergl. Waldeck, Controversen-Entscheidungen des O.-A.-Ger. zu Wolfenbüttel, Seite 311. u. folg. Dieselbe Frage entsteht auch, wenn der Unterrichter interlocutorisch gesprochen hat, der Oberrichter aber findet, daß die Sache bereits zum definitiven Spruche reif ist. Ist der Oberrichter nun darauf beschränkt, das Interlocut zu verwerfen, und dem Unterrichter die Fällung des definitiven Urtheils aufzutragen? Waldeck l. c. Seite 308.

Abweisung der Klage ist also nicht eine blos formelle Frage entschieden, sondern ausgedrückt, daß sich aus dem klägerischen Vorbringen eine dem Petitum entsprechende Conclusion nicht bilden lasse. Wird nun die Berufung gegen die Abweisung der Klage ergriffen; so muß die Sache auch in eben diesem Umfange, welchen das unterrichterliche Urtheil als über die Sachbitte entscheidende Schlußfolgerung hat, devolut werden, sohin nicht lediglich in Ansehung der Frage, ob sich eine andere Conclusion machen lasse, also die Klage nicht abzuweisen sey, sondern: ob die Conclusion der Sachbitte entsprechend zu bilden ist, und zwar jetzt schon, oder nach vorgängigem Beweise jener Thatsachen, welche, obgleich taugliche Prämissen der Sachbitte, doch zur Gewißheit noch nicht gebracht sind. So wie der Unterrichter, um die Abweisung der Klage auszusprechen, eine auf die vorgebrachten Thatsachen gegründete, über das Petitum entscheidende Conclusion machen mußte, so muß auch die Conclusion des Oberrichters auf das Petitum selbst sich beziehen, über dieses entscheiden, d. h. ein materielles, nicht blos ein formelles Resultat gewähren.

Wenn der Oberrichter in Fällen dieser Art mit der Lösung einer Vorfrage über die Tauglichkeit der Prämissen sich begnügen wollte; so würde er die logische Function zerreißen, die Prämissen der Conclusion des Unterrichters zerstören, und von diesem verlangen, daß er mit Hülfe der Entscheidungsgründe das vom Oberrichter begonnene Geschäft der Schlußfolgerung nur vollende.

Ein solches Verfahren widerstrebt der Natur der Sache, und ist verwerflich, weil es nur darauf hinausgeht, aus einem Processe zwei zu machen, und die Justiz zu verschleppen [4]).

---

4) „Ein solches Urtheil hat nicht die Eigenschaften eines Urtheils eines Appellationsrichters: denn es setzt kein Urtheil an die Stelle eines wirkungslos gemachten Urtheils, es suspendirt oder cassirt nur, und übt zugleich einen Gewissenszwang auf den Unterrichter

§. 3.

Es könnte jedoch das Bedenken erhoben werden, daß, wenn es im Falle der Begründung der Beſchwerde gegen die Abweiſung der Klage auf den Beweis von Thatſachen noch ankommt, der Inſtanzenzug beeinträchtiget werde, wenn der Oberrichter ſeine Thätigkeit auf die Fällung des Beweis-Interlocuts ausdehnt.

Allein

A, es wäre inconſequent, wenn dem Oberrichter nur bei vorliegender Gewißheit der von ihm für relevant erachteten Thatſachen das Erkenntniß in der Sache eingeräumt werden wollte, nicht aber das interlocutoriſche, wenn erſt noch der Beweis dieſer Thatſachen erforderlich iſt. Denn auch das Erkenntniß auf Beweis enthält nichts anderes, als die über den factiſchen Klaggrund und die Sachbitte entſcheidende Concluſion. Wenn alſo die Befugniß zu dieſer in dem **effectus devolutivus** liegt; ſo kann der Umſtand, daß dieſelbe für jetzt nur noch bedingt gemacht werden kann, nichts abändern, ſey es nun in Frage, ob eine thatſächliche Behauptung nicht ſchon als actenmäßig wahr anzunehmen ſey, oder etwa deswegen keine Beweisanklage ſtatt zu finden habe, weil derſelben eine Vermuthung zur Seite ſteht. Es läuft in dieſer Beziehung auf daſſelbe hinaus, ob der Oberrichter ſagt: die Sachbitte iſt begründet, weil dieſe Thatſachen vorliegen, oder: ſie wird durch dieſe Thatſachen begründet, aber deren Gewißheit muß noch hergeſtellt werden. In dem einen wie in dem andern Falle ſpricht er ſich über die Relevanz der Thatſachen aus, auf welche ſeine über das Petitum entſcheidende

---

aus." Waldeck, l. c. Seite 317. So weit ſich das Erkenntniß des Unterrichters erſtreckt, eben ſoweit muß ſich auch jenes des Oberrichters erſtrecken, und nichts von dem, was der Unterrichter, wenn auch mit Verletzung der Vorſchriften des Verfahrens ausgeſprochen hat, darf an ihn zum nochmaligen neuen Erkenntniſſe zurückgewieſen werden. Thilo, Proc.-Ordn. für Baden p. 812

Schlußfolgerung gestützt ist. Bei noch mangelnder Gewißheit der behaupteten Thatsachen aber kann er sich über deren Relevanz nur in der Form des Beweis-Interlocuts aussprechen. Die Relevanz der Thatsachen und die Frage, ob sie noch des Beweises bedürfen, kann nicht Gegenstand verschiedener Erkenntnisse seyn;

B., was aber die Beweislast betrifft; so steht deren Beurtheilung mit jener des in Frage befangenen Rechtsverhältnisses in der engsten Verbindung. Die Würdigung des Klaggrundes führt von selbst zur Lösung der Frage, welche Thatsachen erforderlich sind, damit jenes Rechtsverhältniß gegeben sey, welchem das Petitum angepaßt ist. Die Subsumtion der thatsächlichen Behauptungen unter den Begriff, welchen die Gesetze von einem bestimmten Rechtsgeschäfte oder Verhältnisse geben, entscheidet daher zugleich über die Beweislast, nämlich über die Frage: welche Thatsachen wesentlich zum Klaggrunde gehören, also vom Kläger zu beweisen sind. Die Beurtheilung des Klaggrundes und die Bestimmung der Beweislast können daher nicht getrennt werden, ohne daß die Einheit und die Vollständigkeit der Schlußfolgerung aufgehoben würde. Sie müssen in dem oberrichterlichen Erkenntnisse sich eben so verbinden, wie die Beurtheilung der Relevanz der Thatsachen, und ihres etwa noch erforderlichen Beweises, und von einer Gefährdung der Gründlichkeit der Beurtheilung kann dabei nicht die Rede seyn, weil die Beweislast durch das Verhältniß zwischen Klagegrund und Petitum bedingt wird, die Feststellung dieses Verhältnisses sohin dieselbe schon in ventre hat.

Wenn also angenommen werden muß, daß die Sache in Hinsicht der die Sachbitte entscheidenden Conclusion devolut wird; so folgt daraus auch, daß, wenn die Conclusion des Oberrichters wegen noch ermangelnder Gewißheit der Thatsachen nur bedingt ausfällt, er auch selbst diese Bedingung ausdrücken und festsetzen muß, welche Thatsachen und von wem sie zu beweisen sind. Die Beschränkung des Oberrichters

auf den Ausſpruch: daß die Klage nicht abzuweiſen ſey, hätte die Folge, daß in der höheren Inſtanz die Einheit des Erkenntniſſes aufgehoben und von dem Erkenntniſſe in der Sache getrennte Relevanzbeſcheide nur erlaſſen würden. Denn etwas anderes als eine Erkenntniß über die Relevanz der zur Begründung des Petitums angeführten Thatſachen wäre der Ausſpruch nicht, daß die Klage nicht abzuweiſen ſey. Eine ſolche Trennung des Erkenntniſſes nach geſchloſſenem erſten Verfahren in das Urtheil über die Relevanz des Klaggrundes, und in jenes über die Hauptfrage, was zu beweiſen ſey, und von wem, widerſtrebt dem Syſteme des deutſchen Prozeſſes [5]).

§. 4.

Zwar vermißt man bei den Rechtslehrern eine determinirte Anſicht über den Umfang das Devolutiv-Effects überhaupt. Ihre Meinungen dürften jedoch zu der Annahme des Grundſatzes führen, daß die Sache nach dem Maße der erhobenen Beſchwerde und deren Folge an den Oberrichter devolut wird [6]). Geht man alſo davon aus; ſo iſt es

---

5) Martin, Lehrb. des g. C. Proceſſes, §. 162.

6) Mevii decis. V. 141. not. 3. quidquid in litem venit et coram judice deducitur, id ejus (judicis ad quem) judicio submittitur, auch VII. dec. 119. Boehmer, electa jur. civ. cap. tom. I. p. 438. Kindii, quaest. forens. tom. III. p. 365. Mittermaier im Arch. für civil. Prax. VII. Seite 97—100. v. Linde, Handb. Bd. 5. Seite 325 folg. v. Gönner, Comment. über das bayer. Proc.-Geſ. v. 1819. Seite 293. Note. Martin, Lehrb. des Proc. §. 292. (§. 281. der früheren Ausg.) Codex juris bav. judic. (Kreittmayr) Cap. 15. §. 9. no. 1." durch die Appellation wird die Streitſache nach dem Maße der eingewandten ſpeciellen Beſchwerden ſammt allem dem, was davon abhängt, an den höheren Richter devolvirt." Organiſ. Edict über die Rechtspflege im Kgr. Würtemberg, §. 157: „durch die Appellation wird in Abſicht auf diejenigen Theile des Erkenntniſſes, worüber ſie ergriffen

nicht genug, daß dieſer nur ausſpricht: die Beſchwerde iſt gegründet. Dennoch würde das Erkenntniß: die Klage iſt nicht abzuweiſen, in der That nichts anderes ausdrücken, als: die gegen die unterrichterliche Concluſion erhobene Beſchwerde iſt gegründet. Vielmehr kann ſich der Oberrichter nicht damit begnügen, daß er dem Unterrichter nur ſagt: es muß etwas anderes geſchehen; ſondern er muß für die Parteien feſtſetzen, was geſchehen ſoll d. h. welches Reſultat in Folge der Rechtfertigung der Beſchwerde bezüglich der Sachbitte ſich ergibt.

Geſetzt, eine Beſchwerde beſtünde darin, daß der Beweis nicht für hergeſtellt erachtet würde, ſey es nun, daß z. B. die Zeugen als untüchtige betrachtet, oder daß ihre Ausſagen nicht vollſtändig oder nicht richtig gewürdigt wurden; ſo könnte es der Oberrichter doch nicht dabei bewenden laſſen, zu ſagen: die Zeugen ſind tüchtig, oder der Beweis iſt hergeſtellt, ſondern er müßte zugleich die Folge deſſen ausſprechen, nämlich das daraus bezüglich der Streitfrage ſich ergebende Reſultat. Die ganze Beweis- und Gegenbeweisführung, der Werth der Zeugen und ihrer Ausſagen würde ſeiner Beurtheilung unterſtellt. Er könnte nicht auf halbem Wege ſtehen bleiben, und den Unterrichter wieder hereinziehen, welcher ſich ſchon dahin ausgeſprochen hatte, daß der Beweispflichtige ſachfällig ſey. Daſſelbe Verhältniß aber waltet ob bei der Abweiſung einer Klage in Folge etwa unrichtiger Beurtheilung des Vorbringens zur Begründung der Sachbitte. Nur diejenigen Folgen einer Beſchwerde konnten von dem Ausſpruche des Oberrichters auszunehmen ſeyn, welche erſt

---

wurde, die ganze Sache an den höheren Richter gebracht." Proceß Ordnung für das Großherzogthum Baden, §. 1223: „in allen Fällen, wo das angefochtene Urtheil ein Endurtheil war, hat auch das Appellationsgericht das Endurtheil zu erlaſſen. Es findet die Zurückweiſung an das Untergericht ſelbſt in den Fällen nicht Statt, wo das Appellationsgericht vor Erlaſſung des Endurtheils noch auf Beweiſe erkennt."

eintreten, wenn im Laufe des Proceſſes von Seite einer Partei noch etwas geſchehen ſeyn wird z. B. die Ablegung eines Eides. Da es noch ungewiß iſt, ob dieſe Bedingung exiſtent wird; ſo vollendet ſich das Geſchäft des Oberrichters durch das Erkenntniß auf dieſe bedingende Handlung, und nur in dieſem Falle iſt es Sache des Unterrichters, nach exiſtent gewordener Bedingung dasjenige auszuſprechen, was die oberrichterliche Reflexion vorbereitet hat. Es müßte denn ſeyn, daß bedingte Erkenntniſſe für zuläſſig erachtet würden.

Die Frage, auf welche Art der Oberrichter die an ihn gebrachte Beſchwerde zu erledigen hat, darf nicht mit jener verwechſelt werden: wie weit dem Oberrichter durch die Berufung gegen ſein Erkenntniß die Hände gebunden ſind. Die Beantwortung der erſten beſteht darin, daß der Oberrichter nicht blos über die Begründung der Beſchwerde ſich auszuſprechen hat, ſondern auch über die nun eintretende Folge bezüglich des Materiellen dieſes Streitpunktes. Die zweite Frage aber iſt dahin zu beantworten, daß nicht die ganze Sache an den Oberrichter devolut wird, ſondern nur nach dem Maße der erhobenen Beſchwerde, alſo nur in Anſehung des angefochtenen Theils des Erkenntniſſes. In den nicht angefochtenen Theilen iſt der Unterrichter nicht gehindert, fortzufahren. Nur darauf bezieht ſich die Stelle in Mevii decis [7]) wo geſagt wird: **ultra causam et ejus connexa non fit suspensio jurisdictionis per appellationem. In alio quam quo appellatum articulo integra est jurisdictio ac potestas.** Auf die erhobene ſpecielle Beſchwerde iſt die Devolutivwirkung zu beſchränken. Ueber dieſe darf der Oberrichter nicht hinausgehen d. h. er muß das Erkenntniß in den nicht angefochtenen Theilen auf ſich beruhen laſſen, und der Unterrichter kann in dieſen (in thesi) fortfahren. Die erhobene ſpecielle Beſchwerde aber muß der Oberrichter ſo erledigen, daß das unterrichterliche Erkenntniß im Falle

7) I. 65. n. 4.

der Begründung derſelben in dem angefochtenen Theile nicht lediglich aufgehoben erſcheint, ſondern daß man erſieht, was an ſeine Stelle treten ſoll. Denn außerdem würde das Rechtsmittel der Berufung nur eine Art von Nichtigkeitsbeſchwerde ſeyn, während durch daſſelbe die Entſcheidung der Sache herbeigeführt werden ſoll. So z. B. kann das Erkenntniß in einer Abrechnungsſache zehn Poſten umfaſſen, es wird aber nur über einige appellirt. Die Cognition des Oberrichters wäre hier nur auf die durch die Appellation angefochtenen Poſten beſchränkt, und könnte ſich auf andere nicht erſtrecken, ſie müßten denn, wie Mevius ſagt, als **connexa** eines angefochtenen Poſtens erſcheinen wie z. B. **usurae, fructus etc.** Geſetzt nun aber, in den angefochtenen Theilen des Erkenntniſſes wäre ein oder der andere Abrechnungspoſten verworfen worden; ſo könnte ſich das reformirende oberrichterliche Erkenntniß nicht auf den Ausſpruch beſchränken, daß der Poſten nicht zu verwerfen ſey, und der Unterrichter das Weitere zu erkennen habe, ſondern der Oberrichter müßte bezüglich dieſes Poſtens ſelbſt das Geeignete — definitiv oder interlocutoriſch — ausſprechen. Außerdem würde er das, was als Folge von der Beſchwerde abhängt, von ſich weiſen, er würde aufheben aber nicht die Sache entſcheiden. Es ergibt ſich alſo, daß die Fragen: in welchem Umfange der Oberrichter die an ihn gebrachte Beſchwerde zu erledigen hat, und, in wie weit dem Unterrichter durch die Berufung die Hände gebunden werden, nicht identiſch ſind.

§. 5.

Dieſes vorausgeſetzt, macht es keinen Unterſchied, ob zwei frühere Inſtanzen die Klage abgewieſen, oder ob in erſter oder zweiter Inſtanz auf Beweis erkannt worden war. Derſelbe Grundſatz, daß der Oberrichter ſeinen Ausſpruch nicht auf die Relevanz der Beſchwerde beſchränken, und den Unterrichter nur anweiſen kann, ein anderes Urtheil zu machen, findet in allen dieſen Fällen ganz gleiche Anwendung. War alſo die Abweiſung der Klage in erſter Inſtanz erfolgt,

in zweiter aber reformirt, und auf Beweis, oder definitiv für den Kläger erkannt worden; ſo muß judex III^ae, wenn er es auf Berufung des Beklagten nicht bei dem Erkenntniß I^ae beläßt, die das Beweisinterlocut oder den definitiven Ausſpruch betreffenden Beſchwerden entſcheiden. Er kann die Sache zur Entſcheidung der Haugtfrage nicht wieder an die erſte Inſtanz verweiſen. Dennoch müßte dieſes conſequent hier geſchehen, wenn man annehmen müßte, die zweite Inſtanz habe dadurch, daß ſie ſich nicht auf den Ausſpruch der Nichtabweiſung der Klage beſchränkte, und nicht die Zurückweiſung verfügte, ihre Competenz überſchritten und ein voreiliges Erkenntniß erlaſſen.

Hatte die erſte Inſtanz auf Beweis, oder definitiv für den Kläger erkannt, die zweite aber die Klage abgewieſen; ſo kommt es darauf an, ob der Kläger gegen das den Beweis normirende Erkenntniß I^ae Beſchwerden ad II^dam erhoben hatte, oder nicht. In jenem Falle leben in III^a, wenn die Beſchwerde gegen die Abweiſung der Klage gegründet befunden wird, auch die Beſchwerden des Klägers gegen den Inhalt des Erkenntniſſes I^ae wieder auf, und erwarten ihre Entſcheidung in dritter Inſtanz. Dieſes ergibt ſich nicht nur aus dem oben Angeführten, ſondern auch daraus, daß die zweite Inſtanz, indem ſie in Folge der Prüfung des Klaggrundes zu dem Urtheile kam, das Petitum, wie ſolches geſtellt wurde, ſey nicht begründet, alſo die Klage abzuweiſen, implicite auch ausgeſprochen hat, daß die etwa eventuell erhobenen Beſchwerden des Beklagten gegen das Erkenntniß in der Sache nunmehr abſorbirt worden, oder daß die Beſchwerden des Klägers ungegründet ſeyen, weil ſein Anſpruch an ſich, oder wie er geltend gemacht werden wollte, zurückzuweiſen ſey. Wenn alſo judex III^ae die Beſchwerde gegen dieſes Erkenntniß der zweiten Inſtanz gegründet erachtet, ſo muß er folgeweiſe auch die ſchon durch das Erkenntniß I^ae veranlaßten Beſchwerden ad II^dam nun ſeiner Prüfung unterwerfen, um an die Stelle der vorigen Erkenntniſſe ſein eignes Urtheil

zu ſetzen, wie es die Natur und der Zweck des Rechtsmittels der Berufung mit ſich bringt, welches nicht lediglich eine Belehrung des Unterrichters, und für die Parteien nicht ein nur negatives Reſultat gewähren ſoll.

Waren aber gegen das Erkenntniß I^{ae} als Beweisinterlocut keine Beſchwerden **ad II^{am}** erhoben worden; ſo müßte es **judex III^{ae}**, wenn er die in II^{a} ausgeſprochene Abweiſung der Klage nicht gerechtfertigt findet, bei dem Erkenntniſſe erſter Inſtanz belaſſen reſp. dieſes wieder herſtellen, und zwar bezüglich des Klägers, weil er ſich dabei beruhigt hatte, in Anſehung des Beklagten aber, weil er gegen das Beweisinterlocut als ſolches nicht eventuell Beſchwerden **ad II^{am}** erhoben, ſohin für den Fall, daß ſein Antrag auf Abweiſung der Klage nicht durchgehen ſollte, auf die Anfechtung des normirten Beweiſes bereits verzichtet hatte.

§. 6.

Anders dagegen verhält es ſich in den Fällen der zweiten Art (**§. 1. in fin. sub litt. b.**), wenn nämlich die bedingte oder unbedingte Abweiſung der Klage ſich als das Ergebniß der Löſung einer, über die Sachbitte, wie ſolche zu begründen verſucht wurde, noch nicht entſcheidenden Vorfrage zu betrachten iſt. In dieſem Falle wird die Sache durch Berufung auch nur hinſichtlich dieſer für ſich ſelbſtſtändigen Vorfrage devolut. So z. B. kann wegen unſtatthafter Klagenhäufung, unrecht gewählter Proceßart, wegen **mutatio libelli etc.** die Klage in der angebrachten Art, oder z. B. in Folge Nomination unbedingt abgewieſen werden. Hier hat der Unterrichter die Sache ſelbſt, das Verhältniß zwiſchen Klagegrund und Petitum noch keiner über das letztere entſcheidenden Prüfung unterworfen, weswegen auch der Oberrichter im Falle entgegengeſetzter Beantwortung der Vorfrage ſein Erkenntniß nicht über dieſe hinaus erſtrecken kann. Der weſentliche Unterſchied bezüglich des Umfangs des Devolutiv-Effect in den beiden Fällen **sub. a.** und **b.** des §. 1. iſt nicht zu verkennen. Wenn der untere Richter die Klage bedingt

oder unbedingt abwies, weil z. B. nach ſeiner Beurtheilung dieſelbe unter die Grundſätze der condictio indebiti ſubſumirt werden müßte, nun aber die Behauptung eines Irrthums von ihm vermißt wird; ſo hat er über die Sache ſelbſt, über den Klagegrund und deſſen Verhältniß zum Petitum entſchieden. Der Oberrichter, welcher etwa die Behauptung eines Irrthums herausfindet, oder auf dieſe kein Gewicht legt, und die Grundſätze der condictio sine causa in Anwendung bringt, kann es nicht unter Aufrechthaltung der Klage bei einer Weiſung an den Unterrichter bewenden laſſen, daß dieſer ein anderes Urtheil nach den Grundſätzen der condictio sine causa machen ſoll, ſondern er muß nach ſeiner Beurtheilung des Klagegrundes den klägeriſchen Anſpruch entſcheiden, weil ſich auch der Unterrichter über dieſen ſchon ausgeſprochen, die Klage aber nicht fundirt erachtet hatte. Hier hat es der Oberrichter nicht mit einer Vorfrage zu thun, welche das Petitum des Klägers entſcheidend beträfe, alſo von der Hauptfrage getrennt werden könnte. Die Abweiſung der Klage iſt vielmehr eine Entſcheidung über den Grund dieſer ſelbſt, welche die Prüfung des Thatſächlichen deſſen Subſumtion unter die Geſetze voraus- und das Reſultat dieſer Subſumtion in Anſehung des klägeriſchen Anſpruchs feſtſetzt. Etwas ganz anderes aber wäre es, wenn der Unterrichter die Abweiſung dadurch z. B. motivirt hätte, daß er dem klägeriſchen Vorbringen keinen Sinn abgewinne, weil ſeine Verworrenheit eine Beurtheilung der klägeriſchen Intention gar nicht zulaſſe. Hier wäre der Unterrichter auf die Sache ſelbſt gar nicht eingegangen, er hätte die Subſumtion eines Thatſächlichen unter Geſetze nicht vorgenommen, er wäre zu einer Concluſion in Anſehung der Sachbitte nicht gekommen, weil er die Streitfrage nicht fixiren konnte. Es läge alſo eine Vorfrage vor, und wenn es dem Oberrichter gelänge, den Sinn der Klage, die Streitfrage feſtzuſtellen; ſo müßte er ſich auf die Verfügung der Nichtabweiſung beſchränken, die Beurtheilung der nun feſtgeſtellten Streitfrage aber vorerſt dem Unterrichter überlaſſen, weil deſſen Urtheil darüber noch nicht vorliegt.

§. 7.

Das Daseyn einer solchen Vorfrage kann aber nicht für alle Fälle davon abhängig gemacht werden, daß der Beklagte dieselbe durch eine s. g. Voreinrede in Anregung gebracht habe. Es lassen sich Vorfragen denken, welche die richterliche Reflexion erzeugen muß, wenn auch der Bekagte, ohne dieselben anzuregen, sich eingelassen hätte. So z. B. im Falle der unstatthaften Klagenhäufung, der Dunkelheit und Verworrenheit der Klage ꝛc. Es muß daher jedesmal aus der Natur der Sache und aus den Entscheidungsgründen bemessen werden, ob der Unterrichter bei der bedingten und unbedingten Abweisung der Klage lediglich eine Vorfrage entschieden hat, und die Befugniß des reformirenden Oberrichters, die Sache zum weiteren Erkenntnisse zurückzuweisen, kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob eine s. g. Voreinrede mit nur eventueller Einlassung vorgeschützt worden war. Um so weniger wäre diese Annahme statthaft, weil es s. g. Voreinreden gibt, welche mit den Einreden durchaus nichts gemein haben, so z. B. die **exceptio libelli inepti**, oder des Mangels der Begründung der Klage. Hätte der Beklagte sie zu deduciren gesucht; so wäre er dem Richter nur in demjenigen zuvorgekommen, was er von selbst schon thun mußte, nämlich in der Prüfung der Tauglichkeit der Prämissen zur Bildung des die Sachbitte des Klägers betreffenden Schlusses. Der Beklagte hätte nur eine Critik des Klagewerks geliefert, welche keiner Präclusion, wie wirkliche Einreden, wegen versäumten Termins unterläge, und welche er ohne Gefahr unterlassen konnte, weil die richterliche Reflexion, welche zu der die Sachbitte betreffenden Schlußfolgerung taugliche Prämissen nöthig hat, schon von selbst darauf kommen müßte. Die Prüfung des Klagegrundes liegt schon im **officio judicis** [8]).

---

8) **Martin**, Lehrb. des Proc. §. 163. **Gensler**, Hdb. zu Martins Lehrb. p. 66. **Seuffert**, Commentar über die bayer. Gerichtsordnung Bd. I. Seite 310. 312. Bd. II. Seite 213. a.

Wenn also auch aus einem solchen Umstande eine s. g. Voreinrede förmlich wäre gebildet worden; so folgt daraus noch nicht, daß die Abweisung der Klage nur auf der Entscheidung einer selbstständigen Vorfrage beruhe, oder daß der Unterrichter, um die Einrede zu würdigen, die Hauptsache selbst seiner Beurtheilung nicht unterwerfen mußte. Wenn die s. g. exceptio inepti, oder generalis libelli, oder contrarietatis vorgeschützt wurde; so mußte der Unterrichter, um diese zu würdigen, immer auf die Sache selbst eingehen, er mußte z. B. untersuchen, ob die vom Kläger angeführten Thatsachen in Vergleichung mit den Gesetzen zu der in dem Petitum liegenden Conclusion ausreichen, ob dieses so allgemein gestellt ist, daß man nicht entnehmen kann, wie es aus dem thatsächlichen Vorbringen sich ableitet, und was der Kläger vom Beklagten verlangt ꝛc. In allen diesen Fällen mußte der Richter auf das Materielle des Vorbringens eingehen [9]), und darnach das Petitum würdigen. Wenn er nun die Abweisung der Klage ausspricht, so kann nicht gesagt werden, es sey dieses nur in Folge der Voreinrede geschehen. Denn eben in den angeführten Fällen wäre der Gebrauch der Einredeform nicht nur ganz gleichgültig, weil der Richter das Verhältniß zwischen dem Petitum und seinen Prämissen von selbst schon hätte prüfen müssen, sondern es war auch unmöglich, die s. g. Voreinrede unabhängig von der Hauptsache zu entscheiden.

Es ergibt sich also, daß die Beschränkung des Oberrichters auf den Ausspruch der Nichtabweisung der Klage auf die Fälle, in welcher eine Voreinrede gebraucht wurde, nicht

9) Vorausgesetzt, daß die Einlassung eventuell bewirkt wurde, oder bewirkt werden mußte, wie nach dem Ges. v. 17. Nov. 1837, einige Verbesserungen der bayer. Gerichtsordnung betr. §. 24 u. flg. wornach nur im Falle der gerichtsablehnenden Einrede die Einlassung verweigert, in allen andern Fällen aber eventuell mit den dilatorischen Einreden verbunden werden muß, widrigenfalls die Nachtheile des Nichtbeantwortens der Klage eintreten.

angenommen werden kann. Die Zurückweisung an den Unterrichter zum weiteren Erkenntnisse würde auf diese Art oft auch nur von einer zufälligen Form der Vernehmlassung des Beklagten abhängig gemacht, ob dieser z. B. den Mangel in der Begründung der Klage in der Form einer Voreinrede mit nur eventueller Einlassung, oder in der Einlassung selbst oder gar nicht zu deduciren gesucht hätte. Bei einer ganz gleichartigen Entscheidung des Unterrichters nach vorgängiger Prüfung des Verhältnisses zwischen Klaggrund und Petitum müßte dann der Oberrichter dennoch bald die Zurückweisung verfügen, bald selbst erkennen.

§. 8.

Daraus geht zugleich hervor, welche Wirkung die Erklärung des Beklagten, sich nur eventuell einzulassen, haben kann. Sie hat nur dann einen Zweck, wenn die Voreinrede sich auf einen Umstand stützt, welcher außerhalb des zur Begründung des Klagepetitums (der Sachbitte) Vorgebrachten liegt, wie z. B. die **exceptio judicis incompetentis, deficientis cautionis, spolii, nominationis**, die **exceptiones litis finitae**, die Präjudicialeinreden u. d. Nur hier ist eine für sich selbstständig zu beurtheilende Thatsache gegeben, über welche sich der Richter erklären kann, ohne über die Begründung der Sachbitte selbst sich auszusprechen, und nur hier würde in dem Erkenntnisse ausgedrückt werden müssen, daß mit Verwerfung der Voreinrede die eventuelle Einlassung als unbedingte erachtet werde. Hätte aber der Richter die Voreinrede gegründet erachtet, und darüber zu Gunsten des Beklagten entschieden; so bezöge sich das Erkenntniß nicht auf die Hauptsache; die Sachbitte und deren Begründung wäre noch keiner Prüfung unterworfen worden, und im Falle der Berufung müßte sich deswegen der Oberrichter auch nur auf das Erkenntniß über die Voreinrede, die Vorfrage beschränken. Der Grund dessen wäre aber nicht in der Form der Einredeschrift, sondern nur in dem bezeichneten Wesen der Voreinreden selbst aufzusuchen, in welchen eine zur selbstständ-

digen Beurtheilung geeignete Vorfrage enthalten iſt. Wenn aber die ſ. g. Voreinrede einen ſolchen außerhalb der Prämiſſen der Sachbitte liegenden Umſtand nicht zum Vorwurfe hat, ſie alſo keine ſelbſtſtändige Vorfrage veranlaßt; ſo kann die Erklärung, ſich nur eventuell einzulaſſen, die Wirkung nicht hervorbringen, welche bei dem Vorſchützen einer wahren Voreinrede, wie ſolche oben bezeichnet wurde, eintritt. Der Beklagte kann den Richter dadurch nicht nöthigen, die ſ. g. Voreinrede zu erledigen, ohne daß er in das Vorbringen zur Begründung des Petitums eingehe. Solche Einreden, wie die **exceptio libelli inepti**, ſind nichts anderes, als eine Anticipation der negativen Einlaſſung. Sie können, auch begleitet von der Proteſtation gegen die Einlaſſung d. h. der Erklärung, dieſe nur eventuell zu bewirken, weder die Geſetze des Denkens, an welche die richterliche Reflexion gebunden iſt, bei Seite ſchieben, noch können ſie benützt werden, um die Competenz des Oberrichters auf eine, der Natur des Rechtsmittels der Berufung widerſtreitende Weiſe zu beſchränken, und die Proceſſe zu verewigen. In Fällen dieſer Art iſt es alſo eben ſo gleichgültig, daß der Beklagte ſeine anticipirte Deduction des mangelnden Klagegrundes eine Voreinrede, und ſeine Einlaſſung eine eventuelle nennt, als daß in andern Beziehungen z. B. von **exceptio non num. pecuniae, non adimpleti contractus etc.** die Rede iſt. Die Bezeichnung, welche die Partei ihrem Vorbringen gibt, entſcheidet nicht, ſondern das Weſen der Sache. Nur durch dieſes muß die Beurtheilung und die Thätigkeit des Richters beſtimmt werden. Eben daraus aber ergibt ſich auch, daß den Anträgen der Parteien auf Zurückweiſung oder Nichtzurückweiſung an den Unterrichter ein Einfluß nicht geſtattet werden kann, wenn der Fall ſich nicht dazu eignet. Denn der Richter hat den Umfang ſeiner Competenz zu prüfen, und unterliegt hierin nicht der Willkühr der Parteien. Ein ſolcher Antrag wäre der Natur des Rechtsmittels der Berufung widerſtreitend, nach welcher der Oberrichter die Folgen der be-

fundenen Rechtfertigung einer Beſchwerde feſtzuſetzen hat, woran weder durch den Antrag des Appellanten, noch ſelbſt durch Convention der Parteien etwas geändert werden kann.

An ſich nun iſt es immer Gegenſtand der Beurtheilung in jedem gegeben Falle, ob die Abweiſung der Klage auf der Löſung einer für ſich beſtehenden Vorfrage, oder ob ſie auf der Concluſion beruht, welche ſich zufolge der unterrichterlichen Beurtheilung des Vorbringens zur Begründung der Sachbitte in Bezug auf dieſe ergab. Dennoch laſſen ſich die hauptſächlichen Fälle der einen und der andern Categorie bezeichnen, und die Betrachtung derſelben dient zugleich zur Erläuterung der entwickelten Anſicht.

(Beſchluß im nächſten Hefte.)

XIII.

Der mit Unrecht freigeſprochene Schuldner bleibt trotz der Freiſprechung naturaliter obligirt.

Von

Herrn **Dr. Eduard Fein**, Privatdocenten der Rechte zu Heidelberg.

(Beſchluß des Aufſatzes no. VII. in dem vorigen Hefte.)

§. 6.

Nachdem wir ſo die Fragmente erläutert haben, welche ſich direct mit unſerer Frage beſchäftigen, ſo wenden wir uns jetzt vorläufig zur Widerlegung der von den Gegnern zur Unterſtützung ihrer Anſicht hauptſächlich geltend gemachten Gründe. Sie haben ſich dabei vorzugsweiſe auf folgende 3 Punkte berufen:

1) auf die Natur und die Wirkungen der Rechtskraft;
2) auf die Aehnlichkeit zwiſchen dem Eide und dem rechtskräftigen Urtheile, und